

Acórdão: 24.348/22/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002414272-05
Impugnação: 40.010154600-29
Impugnante: Chlorantha Farmácia Homeopática Drugstore Eireli
IE: 062957396.00-00
Coobrigado: Marcela Matos Oliveira Mendes
CPF: 059.551.926-11
Origem: DF/Muriaé

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. No caso dos autos, há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária, sendo correta a inclusão, na sujeição passiva, do Coobrigado (sócia-administradora da empresa autuada), nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do CTN c/c os arts. 21, § 2º, da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatado, mediante confronto entre as vendas realizadas, cujo recebimento deu-se por cartões de débito/crédito e as vendas declaradas, que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertas de notas fiscais. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e V do RICMS/02.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de 01/01/17 a 31/12/21, apuradas mediante confronto dos valores referentes às operações de cartão de crédito e débito, obtidos por informação das empresas administradoras de cartões, com os valores declarados pelo Contribuinte como faturamento, conforme DASN - SIMEI (Declaração Anual do Simples Nacional do Microempreendedor Individual) e/ou PGDASD (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional-Declaratório) e/ou DAPI (Declaração de Apuração e Informação do ICMS).

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

A Coobrigada foi inserida no polo passivo da autuação, nos termos do art. 21, inciso XII, e § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763, de 26/12/75, arts. 966 e 967 do Código

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Civil - Lei Federal nº 10.406, de 10/01/02 e art. 789 do Código de Processo Civil - Lei Federal nº 13.105, de 16/03/15.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às págs. 29/46, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às págs. 59/82.

DECISÃO

Conforme acima relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de 01/01/17 a 31/12/21, apuradas mediante confronto dos valores referentes às operações de cartão de crédito e débito, obtidos por informação das empresas administradoras de cartões, com os valores declarados pelo Contribuinte como faturamento, conforme DASN - SIMEI (Declaração Anual do Simples Nacional do Microempreendedor Individual) e/ou PGDASD (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional-Declaratório) e/ou DAPI (Declaração de Apuração e Informação do ICMS).

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

A Coobrigada foi inserida no polo passivo da autuação, nos termos do art. 21, inciso XII, e § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763, de 26/12/75, arts. 966 e 967 do Código Civil - Lei Federal nº 10.406, de 10/01/02 e art. 789 do Código de Processo Civil - Lei Federal nº 13.105, de 16/03/15.

A apuração realizada pela Fiscalização nos presentes autos foi levada a efeito com a utilização de procedimentos tecnicamente idôneos previstos nos incisos I e V, do art. 194 do RICMS/02:

RICMS/02

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

(...)

V - conclusão fiscal;

(...)

Conveniente destacar que os procedimentos adotados pela Fiscalização para apuração das entradas e saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal são tecnicamente idôneos, largamente utilizados pela Fiscalização.

Quanto à adoção dos valores das vendas cujos recebimentos deram-se por meio de cartão de crédito, vale destacar que tais informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, inciso III, do RICMS/02:

RICMS/02

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 132 - São considerados, ainda, documentos fiscais:

(...)

III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, por empresa que presta serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente ou por similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar.

Parágrafo único - As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pelo titular da Delegacia Fiscal da circunscrição do estabelecimento contribuinte, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da administradora, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

Registra-se, ainda, que as obrigações acessórias, as quais se encontram sujeitas as administradoras de cartões de crédito/débito, encontram-se regulamentadas nos arts. 10-A e 13-A, da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

RICMS/02 - Anexo VII

Art. 10-A. As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS constantes do Cadastro Resumido de Contribuintes do ICMS disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, www.fazenda.mg.gov.br, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

(...)

Art. 13-A - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o dia quinze de cada mês, relativamente às

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º - As empresas de que trata o caput deverão:

I - gerar e transmitir os arquivos, utilizando-se do aplicativo Validador TEF disponível no endereço eletrônico www.sintegra.gov.br;

II - verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão mais atualizada do aplicativo validador e transmissor.

§ 2º - A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora, a operadora e empresa similar à penalidade prevista no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

Ainda sobre esta questão, o § 5º do art. 50 da Lei nº 6.763/75 determina que:

Lei nº 6.763/75

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

(...)

§ 5º - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente e estabelecimentos similares deverão informar à Secretaria de Estado de Fazenda todas as operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similar, na forma, no prazo e nas condições previstos em regulamento, relativamente aos períodos determinados pela legislação.

Verifica-se, pois, que as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais e são repassadas ao Fisco, por força de determinação legal.

A Impugnante sustenta, em sua defesa, o seguinte:

- que a técnica a ser utilizada para a lavratura do auto de infração exige que haja a reconstrução do fato gerador do tributo, evidentemente, sendo dever da autoridade estadual, o levantamento e apontamento de provas, adoção de presunção é exceção, a justificar a ausência de documentação contábil ou mesma que os documentos sejam considerados imprestáveis, como previsto no art. 148 do CTN, para a realização do lançamento por arbitramento;

- que para que se pudesse falar na imposição fiscal, teria a Fiscalização que demonstrar se as vendas realizadas por meio de cartão de crédito, realmente

não foram declaradas pelas Impugnantes, inclusive com a identificação do CNPJ da matriz e das filiais;

- que cabia à Fiscalização provar que o fornecedor em questão recebeu e efetivamente realizou a venda de mercadorias sem a devida declaração no Simples Nacional e não simplesmente efetuar o lançamento fiscal, valendo-se de tabelas genéricas e informativas geradas pelas empresas administradoras de cartões;

- que o auto de infração é o instrumento pelo qual se exterioriza o lançamento do crédito tributário e, por norma legal, deve conter, comprovadamente, os elementos que fundamentam a incidência do tributo;

- que a mera consulta a tabelas e planilhas não permite presumir a falta de recolhimento de ICMS, como desdobramento à possível omissão ocorrida no Simples nacional;

- que se deve aplicar, no presente caso, a regra do art. 373 do CP, que estabelece que o ônus da prova incumbe ao autor (Fisco), quanto ao fato constitutivo do seu direito e que referida regra tem plena aplicabilidade no Processo Administrativo Tributário, impondo o dever de provar o alegado à parte em favor de quem a norma corre, não podendo ser instaurado com base em mera presunção fiscal;

- que art. 112 do CTN milita a seu favor, impondo ao Fisco a comprovação de que efetivamente houve ausência de declaração e pagamento dos Simples Nacional;

- que o Estado de Minas Gerais tem tornado corriqueira a fiscalização de empresas do Simples Nacional, mediante o cruzamento de informação advinda de empresas de cartões, todavia, essa suposta "facilidade" na identificação de omissão no pagamento de tributos, também tem levado a fiscalização a erros graves;

- esclarece que a Fiscalização que culminou no auto de infração, verificou que a movimentação em cartão de crédito ocorrida pela Impugnante foi incongruente com o valor declarado em PGDAS-D. Apontou a fiscalização que houve o "confronto dos valores declarados do cartão de crédito com os valores declarados no PGDASD".

- que a Fiscalização omitiu a informação do contribuinte de que a apuração do Simples Nacional permite a adoção de "regime de caixa ou de competência", conforme previsto na RESOLUÇÃO

CGSN NO 38, DE 01 DE SETEMBRO DE 2008, exarada pelo Comitê Gestor do Simples Nacional;

- que, quando a fiscalização adota o cruzamento do somatório advindo do cartão e do declarado em PGDAS-D, há um equívoco retumbante, pois olvida da possibilidade da apuração de regime de caixa ou de competência;

- que o acolhimento da preliminar é imperativo, diante do grave erro na reconstrução do fato gerador do tributo, visto que o modelo utilizado pela fiscalização não observou regra autorizada pelo próprio Comitê Gestor do Simples Nacional e que o cruzamento realizado pela Fiscalização não retratou com exatidão o faturamento da empresa, que sistematicamente recebe valores parcelados e é declarado mediante o efetivo recebimento, portanto, o vício se mostra insanável, diante do erro na apuração fiscal e, com efeito, resta a extinção do auto de infração, com o seu cancelamento;

- que a efetuou o recolhimento nos períodos devidos, não gerando qualquer prejuízo para o Fisco Estadual; não havendo sentido em se aplicar multas pecuniárias (caráter punitivo) ao se comprovar a boa-fé objetiva do contribuinte;

- que apenas a pessoa jurídica foi intimada deste auto de infração, todavia, esta não é parte legítima para apresentar impugnação em nome de terceiros ou seja, houve grave ilegalidade na intimação da pessoa jurídica para responder sobre o tema responsabilidade tributária;

- que a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa física dos sócios, assim, refuta a intimação, eis que ilegal, logo, os sócios deverão ser intimados;

- que é impossível pena tão severa com base na aplicação dos Princípios da Vedação ao Confisco e da Capacidade Contributiva, mesmo havendo previsão legal e que as penalidades são excessivamente onerosas, desproporcionais e, portanto, flagrantemente ofensivas aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade;

- que as multas devem ser canceladas ou reduzidas, inclusive devendo ser observado o § 3º do art. 53 da Lei 6763/75.

- pede pela procedência da Impugnação.

O Fisco se manifesta, argumentando:

- que o Auto combatido obedeceu a todos os ditames legais vigentes, sendo perfeitamente identificável: a) Os

sujeitos passivos e a legislação de regência que lhes atribui dita reponsabilidade; b) A base de cálculo e sua demonstração, inclusive com as informações preliminares sobre o método de apuração; c) A capitulação legal com as infringências e penalidades aplicadas;

- que o coobrigado foi inserido no polo passivo da autuação, nos termos do artigo 135, inciso III do CTN e do artigo 21, parágrafo 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, em consonância com a Portaria SRE nº 148, de 16 de outubro de 2015;

- que tratando-se de e-PTA, a intimação do coobrigado, pessoa física sem domicílio tributário eletrônico, se realiza pelos meios normais, todavia, os documentos físicos são digitalizados e anexados ao e-PTA e conforme demonstra, afirma que houve a intimação do coobrigado pessoa física mediante Aviso de recebimento e o mesmo teve o seu recebimento frustrado, o que ocasionou a intimação por meio de Edital;

- que o RPTA prevê tal possibilidade no art. 10, § 1º c/c art. 12 e art. 13, concluindo que não tem razão a impugnante ao alegar que o coobrigado pessoa física não foi regularmente notificado;

- que, no período autuado, ou melhor desde 01/01/2016, o contribuinte está sujeito ao regime de recolhimento do ICMS por débito/crédito e que, durante o período autuado, transmitiu as DAPI's, conforme pasta DAPI, anexada ao presente e-PTA, sendo que a partir de janeiro de 2020, as transmitiu com os valores zerados, não havendo relação com o regime do Simples Nacional;

- que é uma obrigação a ser cumprida pelas administradoras de cartões, conforme legislação, a disponibilização dos arquivos com todas as operações e prestações realizadas por estabelecimento de contribuintes, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas, não havendo que falar em quebra de sigilo da movimentação financeira do impugnante;

- que, de outra parte, é obrigação do contribuinte preencher e entregar a DAPI, portanto, o feito fiscal não se fundamentou em presunção e sim em documentos fiscais;

- que, além de todo o exposto, a partir de 2020 o contribuinte transmitiu as DAPI's respectivas com os valores zerados e por outro lado as administradoras de cartão de crédito/débito informaram que para o

período houve venda no cartão, por conseguinte, houve a realização de operações de circulação de mercadoria sem a emissão de documento fiscal respectivo;

- tece outros comentários e pede pela procedência do lançamento.

Em primeiro lugar, importante ressaltar que a Impugnante pede, em preliminar, pela nulidade do lançamento, todavia, as razões apontadas se confundem com o mérito da questão, portanto, não foram destacadas preliminarmente.

Entretanto, em relação à alegação de ausência de intimação da Coobrigada, que poderia resultar em nulidade do lançamento, tal fato não procede, visto que, conforme consta dos autos, houve o envio da intimação, pelos correios, no endereço que consta no cadastro da SEF, contudo, não foi localizado o destinatário (págs. 26/27). Assim, houve a intimação por edital, no dia 06/07/22 (pág. 28 dos autos), logo, não há que se falar em nulidade do AI.

Quanto às demais alegações, também não merecem ser acolhidas.

Destaca-se que a Impugnante argui que diversas vendas foram efetuadas de forma parcelada, o que afeta a composição do faturamento mensal e influi na apuração da base de cálculo do tributo.

Ressalta-se, porém, que foram consideradas as vendas por meio de cartão de crédito e/ou débito, para efeito de tributação, no período em que elas efetivamente ocorreram, independentemente se de forma parcelada ou à vista.

Assim, as parcelas das vendas não influenciaram na apuração do crédito tributário, como afirma a Impugnante, não ocasionando, desse modo, nenhum “*bis in idem*”.

Portanto, corretas as exigências de ICMS, acrescido da Multa de Revalidação e da Multa Isolada, previstas no art. 56, inciso II e no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Com relação à inclusão da Coobrigada para o polo passivo da obrigação tributária, cumpre esclarecer que ela foi eleita em conformidade com o disposto no art. 135, inciso III, do CTN c/c os arts. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75:

CTN

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Lei nº 6.763/75

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - O diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

Verifica-se que responde solidariamente pelo crédito tributário em exame, o sócio-administrador, que efetivamente é quem participa das deliberações e nos negócios sociais da empresa.

No caso dos autos, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei para o efeito de extensão da responsabilidade tributária, mas sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, em consonância com entendimento do STJ para a responsabilização solidária dos sócios-administradores.

Induidoso, no caso, que a sócia-administradora tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que as infrações apuradas caracterizam a intenção de fraudar o Fisco mineiro e fundamenta a sua inclusão para o polo passivo da obrigação tributária.

Reitera-se, por oportuno, que a responsabilidade solidária das pessoas arroladas no Auto de Infração está prescrita na Lei nº 6.763/75, em conformidade com os requisitos do CTN.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretenso efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Com relação ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: "NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS" (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUO QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Com relação à eventual possibilidade de acionamento do chamado permissivo legal por esta Câmara de Julgamento, para cancelamento ou redução da penalidade por descumprimento de obrigação acessória, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente, uma vez que a infração resultou em **falta de pagamento do imposto**:

Lei nº 6.763/75

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 3º - A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

(...)

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

(Grifou-se)

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

signatário, os Conselheiros Thiago Álvares Feital (Revisor), Gislana da Silva Carlos e Dimitri Ricas Pettersen.

Sala das Sessões, 28 de setembro de 2022.

**Cindy Andrade Morais
Presidente / Relatora**

D

CCMIG